Capítulo 5. Ação civil ex delicto

5.1. Noções gerais

O Código de Processo Penal disciplina a relação entre a ação civil *ex delicto* e a ação penal. Embora o título sugira o regramento de uma "ação", na verdade, o Código de Processo Penal trata dos efeitos civis da sentença penal. A lei processual penal não regulamenta a ação a ser proposta no juízo cível, tendo por causa de pedir o fato criminoso.

A análise da denominada ação civil *ex delicto* envolve um estudo interdisciplinar. O Código Penal, no Capítulo VI do Título V trata dos efeitos da condenação (arts. 91 e s.). O Código de Processo Penal dedica o Título IV à ação civil (arts. 63 e s.). Em sede civil, o Código de Processo Civil prevê que a sentença penal condenatória transitada em julgado é título executivo judicial (art. 515, *caput*, VI). Também o Código Civil regula a matéria, ao tratar dos atos ilícitos (arts. 186 e ss.) e das obrigações de indenizar (arts. 927 e s.).

5.2. Restituição, ressarcimento, reparação e indenização

A expressão "reparação do dano" será empregada em sentido **amplo**. Doutrinariamente, distinguem-se as várias modalidades de satisfação do dano.

A **restituição** da própria coisa é a forma mais singela de satisfação do dano. Nos casos em que a diminuição do bem jurídico consiste na privação de um objeto, como no furto, no roubo, ou na apropriação indébita, a primeira forma de restaurar a situação do lesado está em lhe repor nas mãos a *res furtiva*.[1]

Já o **ressarcimento** é o mais completo pagamento dos **danos patrimoniais** resultantes do crime. Abrange, portanto, o dano emergente e o lucro cessante, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. Por outro lado, quando se trata de dano não patrimonial, isto é, de **dano moral**, fala-se em **reparação**.[2]

Finalmente, há quem afirme que a indenização é a compensação do ato lícito praticado pelo Estado, lesivo ao particular.[3] Não é possível concordar com tal ponto de vista. Se o ato do Estado era lícito, não é passível de indenização. O art. 5.º, LXXV, da CR assegura a indenização pelo erro judiciário, sendo possível cumular com o pedido de revisão criminal um pedido indenizatório (CPP, art. 630). Sem dúvida, a hipótese é de indenização, mas não por ato lícito, e sim por ato ilícito. Sendo dado provimento à revisão, há o reconhecimento de que houve erro e, no processo originário, condenou-se um inocente, o que é ilícito, isto é, contrário à lei.

O Código de Processo Penal prevê, expressamente, a restituição (arts. 119 e ss.). Faz referência, ainda, ao ressarcimento (art. 64), à reparação (art. 63 e art. 387, *caput*, IV) e à indenização (art. 630, *caput*) sem, contudo, se preocupar em empregar tais palavras tecnicamente.

5.3. Ação penal e ação civil ex delicto

Com fundamento em um mesmo fato, que se afirma delituoso, cuja prática se imputa à determinada pessoa, podem ser exercidas duas pretensões distintas: a chamada pretensão punitiva, ou seja, a pretensão à imposição de pena cominada em lei, e a pretensão à reparação do dano que o suposto delito haja causado. Há, pois, uma pluri-incidência normativa sobre um fato unitário.[4]

Quatro são os sistemas sobre o relacionamento entre a ação civil para reparação do dano e a ação penal para a punição do autor do crime: (1) o da confusão; (2) o da solidariedade; (3) o da livre escolha; e (4) o da separação.

O **sistema da confusão** é o mais antigo de todos e o único que existia na antiguidade. Antes de o Estado chamar a si a solução dos conflitos, o ofendido buscava a reparação *lato sensu* do dano e a punição por meio da ação direta sobre o ofensor. Por esse sistema, a mesma ação visava a imposição da pena e o ressarcimento. A própria "reparação" não era vista como uma forma de recompor os danos sofridos, mas possuía um caráter penal, repressivo, de um mal que se impõe a alguém pela autoria de um delito.

No **sistema da solidariedade**, há duas ações distintas, uma penal e outra civil, ambas exercidas no mesmo processo, e diante do juiz criminal. Há, pois, uma cumulação obrigatória de ações, perante o juízo penal.

De acordo com o **sistema da livre escolha**, se a parte quiser promover a ação de satisfação do dano na esfera civil, poderá fazê-lo, mas, neste caso, em face da influência que a sentença penal exerce sobre a civil, deverá o juiz cível paralisar o andamento da ação até o julgamento definitivo da ação penal, para evitar decisões irreconciliáveis. Por outro lado, é possível cumular as duas ações no processo penal. Trata-se, portanto, de cumulação facultativa.

Finalmente, o **sistema da independência** é aquele em que as duas ações devem ser propostas de maneira independente, uma no juízo penal, outra no cível. A justificativa seriam as diferenças das duas ações, uma que versa sobre direito público, de natureza não patrimonial, e outra, tendo por objeto questão de direito privado, de natureza patrimonial, o que desaconselharia que corressem juntas.

Predominava o entendimento de que o Código de Processo Penal brasileiro adotava o sistema da independência.[5] O art. 63 do CPP, ao estabelecer que, "*transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros*",[6] sugeria que se adotava o sistema da solidariedade. Todavia, o art. 64, dispondo que, "*sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível...*", mostrava claramente que o sistema adotado era o da independência, embora com a peculiaridade de a sentença penal condenatória já conferir à vítima um título executivo judicial, porém ilíquido. Era, pois, um sistema da independência mitigado ou atenuado.

Todavia, com a reforma do CPP de 2008, houve ainda uma maior aproximação com o sistema da solidariedade, na medida em que a Lei 11.719/2008 acrescentou um parágrafo único ao art. 63, dispondo que: "*Transitada em julgado a sentença condenatória, **a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado** nos termos do inciso IV do* caput *do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido*" (destacamos). De outro lado, a mesma lei deu nova redação ao inciso IV do *caput* do art. 387, prevendo que o juiz, ao proferir sentença condenatória "***fixará valor mínimo para reparação dos danos** causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*" (destacamos). Em suma, a sentença penal condenatória passou a poder ser **título executivo líquido, ainda que parcialmente**.[7]

Não há, porém, cumulação obrigatória ou facultativa. A vítima que desejar promover a ação de reparação do dano terá de fazê-lo perante o juiz cível. O Código de Processo Penal concedeu ao juiz a **faculdade** de suspender o julgamento definitivo da ação civil até o término da ação penal (CPP, art. 64, parágrafo único).[8]

5.4. Sentença penal condenatória e seus efeitos civis

A condenação penal irrecorrível produz efeitos principais e secundários. O efeito principal é a imposição da sanção privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples), restritiva de direitos ou de multa, no caso de condenação.

Dentre os efeitos secundários,[9] no que toca ao dever de reparar o dano causado pelo delito, o art.

91, *caput*, I, do CP estabelece que a sentença penal condenatória torna certa a obrigação de indenizar o dano. Isso não significa, por si só, que haja um título executivo cível. Especificamente no tocante ao conteúdo civil, na sentença penal condenatória há uma mera declaração do dever de reparar o dano, sem que haja a imposição de uma sanção civil.[10]

Tal dispositivo, porém, é complementado pelo art. 63, *caput*, do CPP e pelo art. 515, *caput*, VI, do CPC, que atribuem à sentença penal condenatória transitada em julgado a natureza de título executivo judicial. A Lei 11.719/2008 acrescentou um novo parágrafo único ao art. 63, nos seguintes termos: "*Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do* caput *do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido*".

Em suma, antes, a sentença penal condenatória sempre gerava um título executivo ilíquido. Com a reforma do CPP de 2008, a sentença penal condenatória poderá gerar um título executivo líquido (se já for possível provar todo o dano no processo penal) ou apenas parcialmente líquido (se somente parte dos danos for provada, por exemplo, o dano emergente) deixando para o processo de liquidação civil a parte do dano não liquidada na condenação penal (por exemplo, lucro cessante). Também é possível que a sentença penal continue a ser um título ilíquido, se não for possível, no âmbito criminal, fazer qualquer comprovação e estipulação do dano sofrido.

Tem prevalecido o entendimento que a condenação à satisfação do dano causado pelo delito depende de expresso pedido, da vítima ou do Ministério Público, para que o juiz possa, na sentença, condenar o réu à reparação do dano moral[11] ou ao ressarcimento do dano material causado pelo delito.[12] De qualquer modo, é necessário que a questão e as provas respectivas tenham sido submetidas ao debate em contraditório, para evitar uma decisão que surpreenda as partes.

Uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, haverá o título executivo que autoriza a execução. Este título, porém, se for parcial ou totalmente ilíquido, necessitará de um processo prévio de liquidação, por se tratar de uma condenação genérica (CPC, art. 509).[13] De qualquer forma, a sentença penal condenatória irrecorrível faz coisa julgada no cível para efeito de reparação dos danos decorrentes da infração, não podendo mais se discutir a respeito do *an debeatur*, mas somente sobre o *quantum debeatur*, na parte em que for ilíquida.

Sempre que necessária a liquidação da sentença no âmbito civil, o condenado deverá ser novamente citado (CPC, art. 515, § 1.º). Também no caso de a vítima promover diretamente o cumprimento da sentença no campo civil, será necessária a citação do condenado (CPC, art. 515, § 1.º).

Como a lei processual civil prevê que o título executivo judicial é a "sentença penal condenatória transitada em julgado", a chamada sentença "absolutória **imprópria**" (CPP, art. 386, VI, c.c. o art. 386, parágrafo único, III), embora acarrete a imposição de medida de segurança, por não ser condenatória, não gera o dever de reparar o dano, nem consistirá em título executivo.[14]

Há controvérsia doutrinária sobre a natureza da sentença que homologa a transação penal. Uns atribuem-lhe natureza condenatória, outros lhe negam tal atributo. Todavia, a questão é expressamente resolvida pelo § 6.º do art. 76 da Lei 9.099/1995, que dispõe: "...*não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível*".

5.5. Sentença condenatória e o responsável civil

Uma questão controvertida, no campo dos efeitos civis da sentença penal condenatória, é a possibilidade de o responsável civil (por exemplo, o empregador), que não foi parte no processo penal, sofrer uma execução civil com base na condenação penal de terceira pessoa (por exemplo, seu empregado).

O art. 932, III, do CC prevê, entre os casos de responsabilidade civil por atos de terceiros, a responsabilidade do empregador por atos do empregado, quando praticado no exercício de sua atividade profissional.

É clara, portanto, a possibilidade da propositura de uma ação civil, objetivando a condenação do

empregador por atos do seu empregado. Neste caso, o título executivo perante o empregador será a sentença civil condenatória, que poderá ensejar seu cumprimento também perante um juiz cível.

Não é correto, porém, permitir que o empregador (por exemplo, uma empresa de transportes) sofra uma execução civil com base no título executivo judicial, decorrente da sentença penal condenatória que se formou no processo em que o empregado foi condenado (por exemplo, o motorista que é condenado por lesão corporal culposa de trânsito).[15]

O CPC confere à sentença penal condenatória o caráter de título executivo (art. 515, *caput*, VI) e atribui a legitimidade passiva da execução ao devedor “reconhecido como tal no título executivo” (art. 779, I). Uma vez que o responsável civil não participa do processo penal e não figura na sentença penal, será parte ilegítima para a execução civil da sentença.

Neste caso, promovida a execução em face do responsável civil que não foi parte no processo penal, a execução será nula, porque contra ele não há título executivo judicial, o que deverá ser arguido em embargos à execução (CPC, art. 917, *caput*, VI), por não ter ele sido citado no processo penal em que se formou o título judicial.

Admitir a execução da sentença penal condenatória contra o responsável civil, no caso o empregador, viola a garantia constitucional do contraditório. Somente quem foi parte e exerceu em plenitude o contraditório, formulando suas alegações, produzindo provas do alegado e influenciando o convencimento judicial, poderá ser submetido, de forma imutável, aos efeitos da sentença.[16] Concluir de forma diversa é ignorar a distinção entre **eficácia natural da sentença**, de um lado, e sua autoridade, isto é, a **coisa julgada**, de outro. A eficácia natural da sentença atinge a todos indistintamente, tenham participado ou não do processo em que se proferiu a sentença (no caso, tanto o motorista quanto seu empregador). Já a coisa julgada só se produz *inter alios*. A autoridade da coisa julgada atinge apenas quem foi parte no processo. O terceiro (no caso, a empresa), que não pôde fazer valer suas alegações, não produziu provas nem influenciou diretamente o provimento final, não pode ser atingido pela coisa julgada. Ao contrário, poderá impugnar livremente a sentença, que somente será imutável em relação ao réu (no caso, o empregado). Sendo apenas submetido à eficácia natural da sentença, o terceiro poderá voltar a questionar tudo o que restou decidido na sentença penal, inclusive quanto à existência do crime e à própria autoria delitiva, que no primeiro processo geraram o dever de reparar o dano.

5.6. Rescisão do julgado penal

No caso do condenado por sentença transitada em julgado que, posteriormente, tenha êxito em revisão criminal, seja obtendo uma absolvição, seja conseguindo que o processo seja anulado, haverá extinção do título executivo judicial consistente na sentença penal condenatória transitada em julgado (CPC, art. 515, *caput*, VI).

Tal situação poderá ocorrer: (1) antes do início do cumprimento da sentença; (2) durante o cumprimento da sentença; (3) após já ter sido cumprida a sentença. Se o cumprimento da sentença ainda não se tiver iniciado, faltará título executivo impedindo a instauração de tal fase processual (CPC, art. 779, I).[17] Por outro lado, se já estava em curso o cumprimento da sentença, haverá impossibilidade de sua continuação. Em qualquer um destes dois casos, seja pela ausência inicial, seja pela perda superveniente do título executivo, a questão poderá ser suscitada em impugnação ou, até mesmo, mediante a chamada exceção de pré-executividade.[18]

Se já houve cumprimento da sentença, caberá o pedido de indenização contra o Estado, que poderá ser feito na própria revisão criminal (CPP, art. 630, *caput*).[19]

Aliás, dependendo do fundamento da absolvição, pode restar até mesmo impossibilitada a propositura da ação civil condenatória, caso ainda não tenha sido proposta.[20]

5.7. Efeitos civis da absolvição penal

A regra geral é a independência entre a jurisdição civil e a penal (CC, art. 935, primeira parte, e CPP, art. 66, primeira parte). A correta compreensão da questão exige, contudo, uma análise da

evolução legislativa.

O CC de 1916, em seu art. 1.525, previa a regra geral da independência das jurisdições e excepcionava a autoria e a existência do fato, quando tais questões se achassem resolvidas no âmbito criminal. Posteriormente, **o CPP de 1941**, mantendo a regra geral de independência, **excepcionou somente a inexistência material do fato**, quando tal questão se achasse **categoricamente resolvida** no âmbito criminal.

Não houve uma mera omissão ou esquecimento do legislador penal. O art. 66 do CPP havia revogado o art. 1.525 do CC de 1916, na parte final, quanto à exceção relativa à autoria. A lei posterior (CPP) manteve a regra geral (independência da jurisdição penal e civil) e, das duas exceções previstas na lei anterior, no caso, o CC de 1916 (existência do fato e autoria), reproduziu apenas uma (existência do fato). A lei posterior, portanto, restringiu o regime de exceção que, no caso, tratava das hipóteses em que a absolvição penal impedia a ação civil. Na verdade, houve alteração **qualitativa** (decisão sobre autoria) e **quantitativa** (prova categórica da inexistência do fato).[21]

Justamente por isso, o regime de absolvição do art. 386, *caput*, do CPP, em sua disciplina originária, era distinto no tratamento da "existência do fato", de um lado, e da "autoria delitiva", de outro. Quanto à existência do fato, havia duplicidade de hipóteses absolutórias, uma de certeza negativa, no inciso I ("estar provada a inexistência do fato"), e outra de dúvida, no inciso II ("não haver prova da existência do fato"). Já quanto à autoria, havia apenas a hipótese de dúvida do inciso IV ("não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal"). Como só a exclusão categórica da existência material do fato fecha as portas da via cível, para tal tema, havia uma hipótese de certeza (inc. I) e outra de dúvida (inc. II). Somente na primeira é que fica vedada a *actio civilis*. Já quando à autoria, havia apenas a hipótese de dúvida (inc. IV). Em suma, somente no caso de absolvição com fundamento no inciso I do *caput* do art. 386 do CPP – estar provada a inexistência material do fato – era impossível a propositura da ação civil.

Com a vigência do CC de 2002, poder-se-ia imaginar que esse panorama fora alterado, porque o art. 935 voltou ao regime do CC de 1916: manteve a regra geral da independência das instâncias, excepcionando tanto a existência do fato quanto a autoria delitiva. Contudo, como não havia no regime originário do art. 386 do CPP uma hipótese absolutória que permitisse excluir, categoricamente, a autoria delitiva, não era possível ter uma absolvição – ao menos pelo dispositivo da sentença – em que se "ache **decidido** no juízo criminal" sobre quem seja o autor do crime. Assim, mesmo com o CC de 2002, continuava sendo impossível uma sentença penal que excluísse, categoricamente, a autoria delitiva. Para tanto, seria necessário analisar os fundamentos da sentença penal, o que feriria a regra segundo a coisa julgada não atinge os motivos e a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença (CPC, art. 504).

A situação, contudo, alterou-se, novamente, com a Reforma do CPP de 2008, pois a Lei 11.719/2008 criou mais um inciso no *caput* art. 386, justamente para prever uma hipótese de exclusão categórica da autoria delitiva. Desde então, em tema de autoria delitiva, passaram a existir duas situações distintas no art. 386 do CPP. O juiz absolverá o acusado quando reconheça: "*IV – **estar provado** que o réu não **concorreu para a infração** penal"; ou "V – **não existir prova** de ter o réu **concorrido para a infração** penal*" (destacamos). Ou seja, em relação ao tema da autoria, reproduziu-se a mesma dualidade prevista para a existência do fato, nos incisos I e II do artigo em análise. Com isso, será possível dar plena aplicação ao art. 935 do CC quanto às suas duas exceções, em que não se pode "*questionar mais sobre a **existência do fato**, ou sobre quem seja o **seu autor**, quando estas questões se **acharem decididas no juízo criminal***" (destacamos). A existência do fato se achará decidida no juízo criminal, quando o acusado for absolvido com fundamento no inciso I do *caput* do art. 386 do CPP, por "estar provada a inexistência do fato". Por outro lado, "quem seja o autor" do fato se achará decidido no juízo criminal quando o acusado for absolvido com fundamento no inciso IV do mesmo artigo, por "*estar provado que o réu não concorreu para a infração penal*".

Em suma, nos termos do art. 935 do CC, não poderá ser proposta a ação civil *ex delicto* nos casos de absolvição pelos incisos I e IV do *caput* do art. 386 do CPP.

Feitos os esclarecimentos gerais sobre o regime de influência da absolvição penal em relação à

ação civil, resta analisar uma a uma as hipóteses de absolvição penal, previstas no art. 386 do CPP.

A absolvição em face de estar provada a inexistência do fato (inc. I) se refere à inocorrência do fato no mundo fenomênico, isto é, o fato não ocorreu no mundo da natureza. Não tem relação com os elementos objetivos, normativos e subjetivos do tipo penal, que são apreciados no art. 386, III. Não tendo ocorrido o fato e tendo isso sido decidido no juízo penal, não caberá alegação em sede civil, em ação de reparação do dano. Incide a previsão do art. 66 do CPP, no sentido de que a ação civil não poderá ser proposta quando tiver sido, **categoricamente**, reconhecida a inexistência material do fato, bem como a parte final do art. 935 do CC, por se achar decidida – em sentido negativo – a questão da existência do fato.

Já na absolvição criminal, em face de "não haver prova da existência do fato" (inc. II), a solução é diferente. Trata-se de hipótese de dúvida sobre a existência material do fato, o que não impede a ação civil. Não terá sido categoricamente decidido sobre a existência do fato, não se achando tal questão "decidida" no juízo criminal.

Outra hipótese de absolvição é o "não constituir o fato infração penal" (inc. III). Tal decisão não impede a propositura de futura ação civil. O fato, embora não constitua um ilícito penal, pode ser um ilícito civil. É o que dispõe o art. 67, III, do CPP. Por exemplo, o art. 163 do CP somente tipifica o crime de dano doloso. O dano culposo, embora não seja crime, gera o dever de indenizar (CC, art. 186).

A nova hipótese de absolvição por "***estar provado*** *que o réu não* ***concorreu para a infração*** *penal*" (inc. IV) (destacamos), como já analisado, impossibilita a propositura de ação civil *ex delicto*, nos termos do art. 935, parte final, do CC, uma vez que a questão terá sido decidida no juízo criminal.

Já na hipótese quanto à autoria delitiva, de "***não existir prova*** *de ter o réu* ***concorrido para a infração*** *penal*" (inc. V) (destacamos), como já analisado, por se tratar de uma aplicação do *in dubio pro reo* no que se refere à autoria delitiva, não impede a ação civil *ex delicto*. A questão não se achará decidida, no sentido de "resolvida" ou "definida" ou "acertada", havendo apenas a absolvição pelo benefício da dúvida.

O inciso VI trata da absolvição por excludentes de ilicitude e de culpabilidade. As hipóteses de absolvição em razão das excludentes de ilicitude serão analisadas no próximo item. Já na parte em que se refere às excludentes de culpabilidade (CP, arts. 20, 21, 22, 26, *caput*, e 28, § 1.º), uma absolvição pelo inciso VI não impede a ação civil para a reparação do dano. A ação civil será cabível mesmo que o agente tenha sido absolvido por incidência de erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica, inimputabilidade por doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto (incluindo a menoridade penal) ou retardado, ou por inimputabilidade por força de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

Reconhecendo o juiz que o réu era, ao tempo do fato, inimputável, nos termos do art. 26 do CP, proferirá sentença absolutória imprópria, com a imposição de medida de segurança. Será, então, possível a propositura da ação civil contra a pessoa a quem competia a guarda do inimputável, em que se buscará provar a negligência relativa a esse dever (CC, art. 932, I).

No caso de não existir prova suficiente para a condenação (inc. VII), o réu deve ser absolvido por força do benefício da dúvida. Como no processo penal vige a máxima *in dubio pro reo*, não havendo provas suficientes, o réu será absolvido. Isto não quer dizer que também ele venha a ser absolvido no processo civil. Neste não vigora o referido princípio, e as regras de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 373) podem levar a outro resultado. Em suma, as portas da esfera civil não ficarão trancadas.

5.7.1. Absolvição por excludentes de ilicitude

O CP, em seu art. 23, considera excludente de ilicitude a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento do dever legal. Por sua vez, o art. 65 do CPP estabelece que "*faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no*

exercício regular de direito". O CC, em seu art. 188, inciso I, dispõe que não constituem atos ilícitos "*os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido*". Já o inciso II e o parágrafo único do mesmo dispositivo, embora sem mencionar expressamente, tratam do estado de necessidade.

5.7.1.1. Legítima defesa

A legítima defesa torna o ato lícito tanto na esfera civil (CC, art. 188, I) quanto na criminal (CP, art. 23, II). Além disso, a sentença penal faz coisa julgada no cível quanto ao reconhecimento da legítima defesa (CPP, art. 65). Sendo o ato lícito no âmbito penal e no civil, em regra, não há que se cogitar de ação civil *ex delicto*.[22]

Excepcionalmente, contudo, mesmo o ato sendo lícito, a lei civil prevê o direito à reparação do dano. Em relação à legítima defesa, há uma exceção prevista no art. 930, parágrafo único, do CC, no caso de legítima defesa real com *aberratio ictus*.[23] Por exemplo: *A* agride injustamente *B* que, em legítima defesa, atira contra *A*, vindo, contudo, acertar *C*. Neste caso, *C* ou seus herdeiros poderão pedir indenização a *B*, que, mesmo tendo agido licitamente, terá o dever de reparar o dano, podendo depois, em ação regressiva, voltar-se contra *A*.

5.7.1.2. Estado de necessidade

Outra causa de exclusão de ilicitude é o estado de necessidade. Sendo a conduta lícita no âmbito criminal (CP, art. 23, I) e civil (CC, art. 188, II), em regra a absolvição criminal impede a propositura da ação civil (CPP, art. 66).[24]

Contudo, também quanto ao estado de necessidade, há previsão legal de reparação do dano mesmo para o fato lícito.[25]

O art. 929 do CC dispõe que: "*Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram*". Por sua vez, o art. 930, *caput*, determina que, "*no caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado*".

Suponha-se que o sujeito, em estado de necessidade, tenha praticado um fato típico, causando dano ao patrimônio de terceiro. É processado e absolvido por estar em estado de necessidade (CPP, art. 386, VI). O terceiro que sofreu o dano pode intentar ação civil de reparação contra o sujeito que foi absolvido no juízo criminal por força do estado de necessidade, que ficará com direito de regresso contra o causador do perigo (CC, art. 930, *caput*).[26]

5.7.1.3. Estrito cumprimento do dever legal

O art. 188 do CC de 2002 não menciona o estrito cumprimento do dever legal como causa que torna o fato lícito. Já o art. 23, III, do Código Penal o arrola expressamente. Por sua vez, o art. 65 do CPP diz fazer coisa julgada no cível a sentença absolutória que reconhecer o estrito cumprimento do dever legal.

Todavia, como destaca Frederico Marques, "o próprio cumprimento do dever legal, não explícito no art. 160, [equivale ao atual art. 188 do CC de 2002] nele está contido, porquanto atua no exercício regular de um direito reconhecido aquele que pratica um ato no estrito cumprimento do dever legal".[27]

Em suma, a conduta praticada no estrito cumprimento do dever legal será lícita tanto no campo penal quanto na área cível, não se podendo exigir a indenização do agente estatal que causou o dano.

Registre-se, porém, que há corrente doutrinária no sentido de que, mesmo excluída a indenização em relação ao agente, no caso de estrito cumprimento do dever legal, ao Estado permanece o dever de indenizar, nos termos do art. 37, § 6.º, da CR.[28] Discorda-se, na medida em que o dispositivo constitucional prevê a responsabilidade objetiva do Estado, por atos de seus

agentes, mas tal responsabilidade pressupõe a ilicitude do ato. No caso de atos lícitos praticados pelo agente estatal, não haverá dever de indenização por parte do Estado.

5.7.1.4. Exercício regular de direito

O fato praticado no exercício regular de um direito (CP, art. 23, III, c.c. CC, art 188, I) faz coisa julgada no juízo cível, quando reconhecido na sentença penal absolutória. O fato é penal e civilmente lícito, não cabendo nova discussão no campo civil.

5.8. Vinculação da absolvição e contraditório

No tocante aos limites objetivos, a coisa julgada, normalmente, apenas atinge o dispositivo da sentença (CPC, art. 504).[29] Excepcionalmente, a coisa julgada alcança o que Liebman denominou "eficácia anormal da sentença penal", isto é, "uma eficácia, vinculante para o juiz cível, da decisão proferida pelo juiz penal, sobre algumas questões de fato e de direito, que são comuns ao processo penal e ao conexo processo civil".[30]

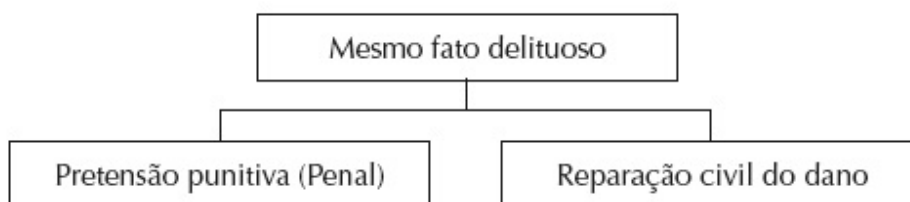
É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que determinado fundamento absolutório, como a inexistência do fato, impede a propositura da ação civil (CPP, art. 66). O mesmo se diga relativamente à extensão da coisa julgada penal ao campo civil no caso de excludentes de ilicitude (CPP, art. 65).

Entretanto, a ampliação do limite objetivo não pode atingir terceiros que não foram partes no processo. Como projeção da garantia do contraditório, a coisa julgada – mesmo quando tem "eficácia anormal" – somente poderá atingir quem foi parte no processo (CPC, art. 506).

Fazer com que a sentença absolutória atinja, de forma imutável, quem não foi parte no processo viola os limites subjetivos da coisa julgada. Por tudo isso, o art. 935, parte final, do CC e o art. 65 do CPP, quando estendem a coisa julgada da sentença penal absolutória penal em relação à vítima do delito, são incompatíveis com a garantia constitucional do contraditório. Em outras palavras, se a vítima do delito não participou do contraditório instituído no juízo penal, sendo-lhe impossível trazer seus argumentos, produzir suas provas e, em última análise, influenciar no convencimento judicial, não poderá ficar vinculada ao resultado do processo penal.[31]

RESTITUIÇÃO, RESSARCIMENTO, REPARAÇÃO E INDENIZAÇÃO

	➢ RESTITUIÇÃO = Devolução de objeto perdido ➢ RESSARCIMENTO = Completo pagamento dos danos patrimoniais resultantes do crime (dano emergente/lucro cessante/principal/acréscimos) ➢ REPARAÇÃO = Relativa a dano moral ➢ INDENIZAÇÃO = Compensação do ato ilícito (erro) praticado pelo Estado, lesivo ao particular	

AÇÃO PENAL E AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E SEUS EFEITOS CIVIS

Sentença Penal Condenatória = Título Executivo judicial (cível)

SENTENÇA CONDENATÓRIA E O RESPONSÁVEL CIVIL

Sentença penal condenatória é título executivo contra o acusado (p. ex.: o empregado)

↑ ↓

Possibilidade de propor ação civil de responsabilidade por atos de terceiro – CC, art. 932, III (p. ex.: o empregador)

↓

Não se admite a execução da sentença penal condenatória contra terceiro responsável civil!

Violação do **contraditório**

EFEITOS CIVIS DA ABSOLVIÇÃO PENAL

Regra: independência do processo civil e do processo penal (CC, art. 935)

Exceção: quando decidido no processo criminal sobre inexistência do crime ou autoria, não caberá o processo civil

EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Regra

↓

Reconhecida no processo penal, faz coisa julgada no cível

Exceções indenizáveis

- Legítima defesa com *aberratio ictus* (CC, art. 930, parágrafo único)
- Estado de necessidade de terceiro – quando a pessoa lesada ou o dono da coisa não causou a situação de perigo (CC, art. 929)

NOTAS DE RODAPÉ

1

. Todavia, como adverte Tornaghi (*Curso*..., v. 1, p. 78), “a mera reintegração do lesado na posse ou detenção da coisa não cobre toda a lesão, pois não paga a privação sofrida, embora temporária. Há mister ressarcir o dano por inteiro”.

2

. Nesse sentido: Tornaghi, *Curso*..., v. 1, p. 78; Tourinho Filho, *Processo*..., v. 2, p. 14; Romeiro, *Elementos*..., p. 182; Scarance Fernandes, *O papel*..., p. 153, nota n. 463.

3

. Nesse sentido: Tornaghi, *Curso*..., v. 1, p. 78.

4

. Por exemplo, a ocorrência de um fato consistente em uma pessoa atropelar e matar uma pessoa gera a incidência de inúmeras normas legais: normas penais sobre o homicídio culposo de trânsito, normas civis de direito das sucessões (se há herdeiros), de direito de família (se a pessoa era casada), de responsabilidade civil sobre reparação do dano, normas previdenciárias, normas administrativas sobre sanções de trânsito etc.

5

. Nesse sentido: Espínola Filho, *Código*..., v. 2, p. 19; Tornaghi, *Curso*..., v. 1, p. 16; Romeiro, *Elementos*..., p. 183. Em sentido parcialmente diverso, considerando que o legislador adotou o sistema da independência, mas com certa mitigação, com características próprias, mistas, ecléticas: Tourinho Filho, *Processo*..., v. 2, p. 10; Mirabete, *Processo penal*..., p. 167.

6

. Atualmente, com o acréscimo de um parágrafo único ao citado dispositivo, pela Lei 11.719/2008, referida regra passou a figurar como *caput* do art. 63.

7

. Tal sistema não era desconhecido entre nós. No caso de crimes ambientais, o art. 20 da Lei 9.605/1998 já previa que a sentença penal condenatória, sempre que possível, fixaria um valor mínimo da reparação do dano.

8

. Na doutrina, prevalece o entendimento de que a suspensão é facultativa: Espínola Filho, *Código*..., v. 2, p. 20; Greco Filho, *Manual*..., p. 127; Stoco, *Tratado*..., p. 192. Em sentido contrário, considerando que a suspensão é obrigatória, para evitar decisões contraditórias e irreconciliáveis: Tourinho Filho, *Processo*..., v. 2, p. 11; Nucci, *Código*..., p. 190.

9

. A condenação produz os seguintes efeitos secundários de natureza penal: (1) é pressuposto da reincidência (CP, art. 63); (2) impede, em regra, o *sursis* (CP, art. 77, I); (3) causa a revogação do *sursis* (CP, art. 81, *caput*, I e § 1.º); (4) causa a revogação do livramento condicional (CP, art. 86); (5) aumenta o prazo de prescrição da pretensão executória (CP, art. 110, *caput*, parte final); (6) transitada em julgado, a prescrição da pretensão executória não se inicia enquanto o condenado permanecer preso por outro motivo (CP, art. 116, parágrafo único); (7) causa a revogação da reabilitação (CP, art. 95); (8) tem influência na exceção da verdade no crime de calúnia (CP, art. 138, § 3.º, I e III). Entre os efeitos secundários de natureza extrapenal da condenação, incluem-se: (1) a obrigação de reparar o dano resultante do crime (CP, art. 91, I); (2) o confisco (CP, art. 91, II); (3) a perda de cargo, função pública ou ofício (CP, art. 92, I); (4) a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela e curatela (CP, art. 92, II); (5) inabilitação para dirigir veículo (CP, art. 92, III).

10

. Nesse sentido: Barbosa Moreira, A sentença penal…, p. 42; Damásio E. de Jesus, *Direito penal*…, v. 1, p. 556; Frederico Marques, *Curso*…, v. 3, p. 290; Tornaghi, *Curso*…, v. 1, p. 86; Stoco, *Tratado*…, p. 191.

11

Nesse sentido, admitindo a reparação do dano moral na sentença penal condenatória, o STJ decidiu que: "O preceito normativo esculpido no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, não estabelece nenhuma restrição quanto à natureza dos danos suscetíveis de reparação mediante o valor indenizatório mínimo. Isso não impede, obviamente, que se imponha uma restrição ao âmbito de incidência normativa pela via hermenêutica, desde que existam razões plausíveis para tanto. 4. A aferição do dano moral, na maior parte das situações, não ensejará nenhum alargamento da instrução criminal, porquanto tal modalidade de dano, de modo geral, dispensa a produção de prova específica acerca da sua existência, encontrando-se *in re ipsa*. Isto é, não há necessidade de produção de prova específica para apuração do grau de sofrimento, de dor e de constrangimento suportados pelo ofendido; o que se deve provar é uma situação de fato de que seja possível extrair, a partir de um juízo baseado na experiência comum, a ofensa à esfera anímica do indivíduo". No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.572.299/SC, AgRg no REsp 1612912-SC.

12

Nesse sentido, jurisprudência: STJ, AgRg no REsp 1.502.962/GO, AgRg no REsp. n. 1.387.172/TO, AgRg no REsp. n. 1.260.643/RS, REsp. n. 1.265.707/RS, AgRg no REsp n. 1.428.570/GO, AgRg no REsp n. 1.383.261/DF. Para Pacelli e Fischer (*Comentários*…, p. 806) somente os danos materiais podem ser fixados na sentença. Já Rangel (*Direito*…, p. 603) admite a satisfação tanto do dano material, quanto do dano moral.

13

. Normalmente, a liquidação se dará por procedimento comum, em que há necessidade de alegar e provar fato novo (art. 509, *caput*, II). Importante novidade em relação à sentença penal, que muitas vezes poderá conter parte líquida, e parte ilíquida, será a possibilidade de promover, simultaneamente, a execução da parte líquida, e a liquidação, em autos apartados, da parte ilíquida (art. 509, § 1.º).

14

. Nesse sentido: Frederico Marques, *Elementos*..., v. 3, p. 107; Damásio E. de Jesus, *Código*..., p. 84; Santos Macedo, *A eficácia*..., p. 35-36.

15

. Nesse sentido, na doutrina: Greco Filho, *Manual*..., p. 128; Stoco, *Tratado*..., p. 185; Dezem, *Curso*..., p. 234. Em sentido contrário, na jurisprudência, o extinto 1.º TACivSP decidiu pela legitimidade da preponente para integrar o polo passivo do processo executório, porque seria "devedora solidária implicitamente reconhecida no título executivo, por força de lei" (*RT* 706/99).

16

. No sentido de que a execução contra o responsável civil fere o devido processo legal: Grinover, *Eficácia e autoridade*..., p. 46 e ss.; Scarance Fernandes, *O papel*..., p. 175. Para Liebman (A eficácia da sentença penal..., p. 270), há violação da ampla defesa.

17

. O art. 783 do CPC prevê que "A execução para cobrança de crédito se fundará sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível".

18

. O extinto 1.º TACivSP reconheceu que o provimento da revisão criminal, com reconhecimento da legítima defesa, é "fato novo que torna impossível o cumprimento do julgado", admitindo a interposição de embargos do devedor, com fundamento no art. 462 do CPC de 1973 (*RT* 762/271).

19

. Nesse último sentido: Frederico Marques, *Elementos*..., v. 4, p. 364; Scarance Fernandes, *O papel*..., p. 176. Em sentido diverso, Greco Filho (*Manual*..., p. 128) entende que o condenado poderá propor ação de repetição do indébito, contra o particular, se a revisão reconheceu uma das hipóteses que exclui a responsabilidade.

20

. Em sentido contrário, Santos Macedo (*A eficácia*..., p. 73) entende que a sentença penal condenatória, em relação ao seu efeito civil, é irrescindível, em virtude da eficácia preclusiva panprocessual dos efeitos civis da condenação penal.

21

. Nesse sentido, na doutrina: Furtado Fabrício, *Absolvição criminal*..., p. 40-41; Araken de Assis, *Eficácia*..., p. 106; Stoco, *Tratado*..., p. 181.

22

. Na jurisprudência: STJ, *RSTJ* 107/278; TJSP, *RT* 765/186, *RT* 565/97.

23

. Na jurisprudência, em face do CC de 1916: STJ, *RT* 756/191. Na doutrina, relativamente ao art. 930, parágrafo único, do CC: Mirabete, *Processo penal*..., p. 170. Na doutrina, em relação ao art. 1.540 do CC de 1916: Basileu Garcia, *Instituições*..., v. 1, t. 2, p. 580; Hungria, *Comentários*..., v. 1, t. 2, 233; Aníbal Bruno, *Direito*..., v. 3, p. 248; Damásio E. de Jesus, *Código*..., p. 87; Noronha, *Direito*..., v. 1, p. 286; Costa Júnior, *Comentários*..., v. 1, p. 440. Em sentido contrário, Tourinho Filho (*Processo*..., v. 2, p. 33) entendia que o dispositivo dizia respeito à legítima defesa putativa. Não nos parece ser esta a hipótese regulada pela lei. Entendemos correta a primeira solução. A legítima defesa putativa, no caso por erro quanto ao conhecimento da situação de fato, em face da Teoria Limitada da Culpabilidade, adotada pelo legislador penal de 1984, é tratada como erro de tipo (CP, art. 20, § 1.º), que se escusável exclui o dolo, tornando fato atípico. Neste caso, o juiz penal deveria absolver o réu com base na inexistência da infração penal (CPP, art. 386, III), caso que evidentemente não impede futura ação civil reparatória. Na jurisprudência, no sentido de que a legítima defesa putativa não faz coisa julgada no cível: TJRJ, *RT* 532/245.

24

. Na jurisprudência; STF, *RTJ* 81/522.

25

. No regime do ab-rogado CC de 1916, os arts. 1.519 e 1.520 admitiam a indenização civil, apesar do fato de ter sido praticado em estado de necessidade. Como o art. 65 do CPP afirma peremptoriamente que o juiz civil deve aceitar o reconhecimento do estado de necessidade, Aguiar Dias (*Da responsabilidade*..., v. 2, p. 434) entendia que estariam revogados os preceitos do Código Civil. Contrariamente posicionava-se, com razão, Basileu Garcia (*Instituições*..., v. 1, t. 2, p. 583), afirmando inexistir incompatibilidade. De fato, não há antinomia: o art. 65 do CPP somente dispõe sobre a impossibilidade de se reabrir, no cível, a discussão sobre a ocorrência das justificativas no caso concreto. Contudo, o legislador processual não dispôs se, nesses casos, a indenização seria ou não cabível. Tal mister coube à lei civil, que previu, em alguns casos, que, mesmo o ato sendo lícito, o autor deverá indenizar o prejudicado.

26

. Como explica Damásio E. de Jesus (*Código*..., p. 87), o certo seria o prejudicado intentar desde logo a ação civil contra o autor do perigo, mas o CC determina de forma diferente.

27

. *Elementos*..., v. 3, p. 305. Em sentido contrário, analisando a questão à luz do art. 160 do CC de 1916, Tornaghi (*Curso*..., v. 1, p. 88) entendia que o estrito cumprimento do dever legal excluía a ilicitude penal, mas não a responsabilidade civil, sendo justo e razoável que o dano fosse reparado ou ressarcido.

28

. Nesse sentido: Greco Filho, *Manual*..., p. 127; Araken de Assis, *Eficácia*..., p. 110.

29

. A intepretação é extraída, *a contrario sensu*. Todavia, o CPC de 2015 altera o regime anterior, quanto à questão prejudicial, que também poderá ser atingida pela coisa julgada, desde que satisfeitos os requisitos do § 1.º e 2.º do art. 503.

30

. Liebman, A eficácia da sentença penal..., p. 263-264.

31

. Nesse sentido: Grinover, *Eficácia e autoridade...*, p. 53-54; Araken de Assis, *Eficácia...*, p. 103. Para tanto, observa Scarance Fernandes (*O papel...*, p. 176) que a vítima e o responsável civil deveriam poder intervir no processo com possibilidade plena de provar a existência ou inexistência da responsabilidade civil. Acertadamente, conclui Stoco (*Tratado...*, p. 182): "A vítima não participa da ação penal, não sendo parte do processo, de modo que com relação a ela não se pode falar em coisa julgada".